Verstoß gegen die guten Sitten und Schikane in ihrem Verhältnis zueinander.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Friedrich Neumann.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meiner Mutter
und dem Andenken meines Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0179

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erster Teil.

Der Verstoß gegen die guten Sitten.

§ 2. Der Begriff der guten Sitten.
a) Im römischen Recht 2
b) Im Bürgerlichen Gesetzbuch 3
c) In der Literatur 4
§ 3. Der Vorsatz im Bürgerlichen Gesetzbuch 7
§ 4. Handlung im Sinne des § 826 BGB. 8
§ 5. Der Begriff der Widerrechtlichkeit — Ergebnis 9

Zweiter Teil.

Der Begriff der Schikane.

§ 6. Allgemeine Vorbemerkung 15
§ 7. Im römischen Recht 16
§ 8. Im deutschen und im preußischen Recht 18
§ 9. Die Begriffe „Ausübung eines Rechtes“ und „unzulässig“ im Wortlaut des Schikaneparagraphen 19
§ 10. Erfordernis der Exklusivität des Schädigungszwecks im Schikaneparagraphen — Ergebnis 21

Dritter Teil.

Beziehung des § 826 zu § 226.

§ 11. Die hinsichtlich der beiden Gesetzesvorschriften bestehende Streitfrage 26
§ 12. Die Anhänger der restriktiven Interpretation des § 826 27
§ 13. Die Vertreter der extensiven Interpretation des § 826 28
§ 14. Kritik der Oertmannschen Ansicht 29
§ 15. Selbständige Betrachtung der Streitfrage 31
§ 16. Erläuterung an zwei Beispielen 33
§ 17. Kurzer Überblick über die Unterlassungsklage aus unerlaubter Handlung 35
§ 18. Schlußwort 38

Literaturverzeichnis.

Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten. Berlin 1863.

Bauke, Rechtswissenschaftliche Untersuchungen, die Bestrafung der Schikane. Berlin 1897.

Blümner, Zur Lehre vom böswilligen Rechtsmißbrauch. 1900.

Bürgerliches Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung für Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten. Nürnberg und Leipzig 1910.

Cohn in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 41.

Corpus juris civilis.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1903.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. Halle 1906.

Dernburg, Pandekten. 3. Aufl.

Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand der strafbaren Handlungen. 1905.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1909.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1909.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1898.

Fischer-Henle, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Aufl.

Fischer, H. A., Die Rechtswidrigkeit. Gießen 1910.

Fuld, Das Urheberrecht an Zeitungsartikeln. In Guchots Beiträgen Bd. 47.

Goldmann-Lilienthal, Systematische Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1903.

Herzog, Zum Begriff der guten Sitten im Bürgerlichen Gesetzbuch. In den Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts Heft 33. Breslau 1910.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1900.

Jacobi in Jherings Jahrbüchern Bd. 41.

v. Jhering, Der Zweck im Recht. 4. Aufl.

Kipp-Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl.

Kuhlenbeck, Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1903.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1898.

Lau, Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823ff. In Gruchots Beiträgen Bd. 47.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. München 1906.
Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.
Leonhard, Der Verstoß gegen die guten Sitten. Weimar 1907.
Mannhardt, Der Unterlassungsanspruch bei den absoluten Rechten. In der Deutschen Juristenzeitung 1903.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 3. Aufl.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1906.
Oertmann, Sittenwidrige Handlungen. In der Deutschen Juristenzeitung 1903.
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 1907.
Ramdohr, Rechtsmißbrauch. Bei Gruchot Bd. 46.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1904.
Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht. Berlin 1902.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5./6. Aufl.
v. Wächter, C. G., Pandekten. Leipzig 1881.

Die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der 1. Lesung. Berlin 1894.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 48, 58, 60, 72 u. a. m.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der dem Reichstage gemachten Vorlage.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897/98.

Einleitung.

§ 1.

Eine Erörterung, die den Vorstoß gegen die guten Sitten einerseits und schikanöses Verhalten andrerseits zum Gegenstand hat, wird im wesentlichen eine Untersuchung über die Beziehungen des § 826 zu § 226 BGB. bedeuten. § 826 BGB. besagt, daß derjenige, der „in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zufügt", diesem zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, § 226 tritt der Rechtsausübung entgegen, die „nur den Zweck haben kann", einen andern zu schädigen, bringt also im Interesse friedlichen Nebeneinanderwohnens der Staatsbürger eine Durchbrechung des Grundsatzes bedingungsloser Rechtsbetätigung zur Milderung jener Härten, wie sie starrsinnige Rechtsausübung unter Umständen mit sich bringen kann.

Die Gegenüberstellung jener beiden Normen und ihre kritische Betrachtung erweckt Fragen, bei deren Beantwortung in Literatur und Praxis voneinander abweichende Meinungen laut werden und die in folgendem nacheinander aufgeworfen und dem Versuche einer befriedigenden Beantwortung unterzogen werden sollen.

Erster Teil.

Der Verstoß gegen die guten Sitten.

§ 2.

Der Begriff der guten Sitten.

Der § 826 BGB. vertritt in unserem Recht die Stelle der actio de dolo des römischen Rechts; auch ihn könnte man als everriculum omnium malitiarum[1]) bezeichnen; denn er stellt die weitgehendste Norm im Deliktsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs dar. Der Ausdruck „gegen die guten Sitten" ist eine Übersetzung des alten Begriffes „contra bonos mores", der l. 15 D. 28, 7 definiert wird. „Quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est." Diese Quellenstelle ist für uns von größter Wichtigkeit; aus ihr geht deutlich hervor, auf welcher Seite in dem heutigen Kampf um den Begriff der guten Sitten die Macht der römischen Jurisprudenz zu finden ist. Leonhard[2]) weist mit Recht darauf hin, daß die oben zitierten Worte Papinians in der Weise auszulegen sind, daß pietas und verecundia in Anpassung an das in ihrer Mitte stehende Wort „existimatio", Wertschätzung, ebenfalls in einer mehr äußerlichen Bedeutung zu verstehen sind und ihre zutreffende Übersetzung etwa mit „guter Ruf" erfolgen müßte. Daraus geht hervor, daß die boni mores des römischen Rechts nicht unserem heutigen Begriff „Sittlichkeit", sondern dem der Sitte, der „guten Sitte", entsprechen, und daß in dem in unserer Literatur herrschenden Streit, ob der Begriff

[1]) l. 13 § 7 D. 47, 10.

[2]) Leonhard, Der Verstoß gegen die guten Sitten, Weimar 1907, S. 14.

der guten Sitten mit dem der Sittlichkeit gleichzusetzen sei oder nicht, das römische Recht letztere Ansicht zu stützen geeignet ist.

Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst gibt keine Begriffsbestimmung der „guten Sitten", und in den Materialien unseres Gesetzbuchs finden wir, daß auch der 1. Entwurf im § 106 (der heutige § 138, nach dem ein gegen die „guten Sitten" verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig ist) den Begriff gebraucht, ohne daß eine Definition gegeben wird. Wir sehen weiterhin, daß die Kommission für die 2. Lesung den Antrag ablehnte, den Ausdruck „gute Sitten" mit dem der „Sittlichkeit" zu vertauschen,[3]) da der Ausdruck „gute Sitten" dem Anwendungsbereich des § 106 weitere Grenzen setze und für die Anwendung der Gesetzesnorm den richtigen objektiven Maßstab abgebe. So fand sich denn in dem mit dem 1. 1. 1900 in Kraft tretenden Gesetzbuch die Bezeichnung „gute Sitten" wieder, blieb jedoch keineswegs unangegriffen, indem manche Schriftsteller einen Unterschied zwischen den Begriffen „gute Sitten" und „Sittlichkeit" leugnen und für deren Gleichsetzung eintreten.[4])

Nun ist in den Motiven und Protokollen, wie das oben angeführte Beispiel zeigt, die Terminologie hinsichtlich jener Begriffe nicht einheitlich. Die Motive[5]) zeigen keine strenge Scheidung von „sittenwidrig" und „unsittlich", und in den Protokollen findet sich nur an zwei Stellen eine Gegenüberstellung der Begriffe „Sitte" und „Sittlichkeit": zunächst bei dem oben erwähnten § 106 des 1. Entw., ferner an jener Stelle, wo die im praktischen Leben geltenden Sitten von der Moral geschieden werden.[6]) Im 1. Entwurf zeigte sich ferner neben der Bezeichnung „gute Sitten" der Begriff der „öffentlichen Ordnung", der dann von der 2. Kommission entfernt wurde. Es

---

[3]) Prot. der Kommission für die 2. Lesung eines BGB. Bd. 1 S. 123 ff.

[4]) Eck, Vorträge über das Recht des BGB., Berlin 1903, Bd. 1 S. 126; Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB., Berlin 1898; Cohn bei Gruchot Bd. 41 S. 792 u. a.

[5]) vgl. Mot. Bd. 1 S. 211 f., 274, Bd. 2 S. 726, 849.

[6]) Prot. Bd. 1 S. 123 f., Bd. 2 S. 576 f.

war also der Praxis und Theorie überlassen, das Wesen der guten Sitten festzustellen und ihr Verhältnis zum Gesetzesrecht zu klären.

Schon früher waren über die in Frage stehenden Begriffe Untersuchungen angestellt worden. Das erste Werk auf diesem Gebiete lieferte uns Jhering,[7]) der in seiner bedeutenden Schrift „Der Zweck im Recht" zu dem Ergebnis gelangt, daß die Begriffe „Sitten" und „Sittlichkeit" scharf voneinander zu trennen seien. Die Sitte geht auf etwas Äußeres, auf das Verhalten des Menschen zu andern, die Sittlichkeit auf etwas Inneres, auf die Gesinnung des Individuums, die sie durch ihre ethischen Vorschriften rein und lauter machen will. Daraus folgt, daß die Normen der Sitte mehr Ähnlichkeit haben mit den Normen des Rechts als mit den Geboten der Sittlichkeit. Diese will die gute Gesinnung des einzelnen Menschen bewirken, jene dagegen bezweckt, wie das Recht, richtiges äußeres Zusammenleben der Rechtsgenossen. Diesen Gegensatz von „Moralität und Legalität" hat Stammler[8]) eingehend erörtert, um zu dem Ergebnis zu gelangen, daß das Gesetz als „Zwangsversuch zum Richtigen" der Unterstützung der Moral bedürfe „als derjenigen Lehre, welche in ihrem Ziele die Bereinigung der wollenden Gedanken vom Unrichtigen hat".

Zwischen Sitte und Sittlichkeit besteht also ein tiefgreifender Unterschied, und es ist die Meinung derjenigen Schriftsteller abzulehnen, die mit dem Begriff der guten Sitten den der Sittlichkeit vermischen oder von ihm nicht streng genug scheiden. Mag man die Gebote der Sitte „in die Außenwelt hervorgetretene Anstandsregeln"[9]) nennen oder „den Ausdruck einer Anschauung der Allgemeinheit darüber, wie man in einer gewissen Lebenslage handeln solle",[10]) das eine ist immer zu betonen, daß die guten Sitten und die Sittlichkeit in ihrer unmittelbaren Wirkung verschiedene Seiten des menschlichen Seins beein-

[7]) Jhering, Der Zweck im Recht 4. Aufl. Bd. 2 S. 22ff., 205ff.

[8]) Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, Berlin 1902, S. 52, 89.

[9]) Leonhard a. a. O. S. 13.

[10]) Herzog, Zum Begriff der guten Sitten im BGB., in Studien zur Erl. des bürgerl. R. Heft 33, Breslau 1910, S. 95.

flussen wollen und daher keineswegs einander gleichzusetzen sind, daß sie ferner nur insofern miteinander in Verbindung stehen, als die Sitten eines Volkes stets der Spiegel sein werden für die sittlichen Anschauungen, die in dem Volke lebendig sind. Wenn das Gesetzbuch die Bezeichnung „gute Sitten" gebraucht, so liegt darin der Hinweis, daß nur diejenigen Regeln der Sitte Beachtung finden sollen, die als gut, d. h. zweckdienlich, bezeichnet werden können. Der Endzweck aber, auf den sowohl das Recht wie auch Sitte und Sittlichkeit hinwirken, ist der gleiche: die Menschheit zu bessern und ihr so den Frieden zu sichern zu ruhiger Arbeit und stetiger Fortentwicklung.

Die guten Sitten erscheinen als nichtfixierte Ergänzungsvorschriften für die Rechtssätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Mit Recht weist Herzog[11]) auf Grund der Gegenüberstellung der „guten Sitten" zu dem „zum Rechtssatz verdichteten inländischen Rechtsbewußtsein" in den Protokollen[12]) darauf hin, daß in jenen ebenfalls Rechtsbewußtsein lebendig ist, das nur noch nicht durch Kodifizierung den es sanktionierenden Niederschlag gefunden hat.

Hinter den guten Sitten stehen, diese beständig mit frischer Lebenskraft versehend, die Anschauungen des Volkes, die bei der Rechtsprechung im letzten Ende entscheidend sind, falls auch aus den Gepflogenheiten der guten Sitten nichts zu entnehmen ist. Dieser Meinung tritt Stammler[13]) entgegen mit dem ironischen Hinweis, daß es wohl niemandem einfallen wird, sich Fragen über Infektionskrankheiten oder die Natur der Kometen vom Volke beantworten zu lassen, indessen sagt Herzog[14]) dagegen ganz richtig, daß es sich gar nicht um ein (gelehrtes) Wissen handle, sondern um ein Wollen richtigen Handelns, das dem Richter, der mit seinem Volke lebt, als einem Gliede der Rechtsgemeinschaft mit den übrigen Rechtsgenossen

---

[11]) Herzog, Zum Begriff der guten Sitten im BGB., in Studien zur Erl. des bürgerl. R. Heft 33, Breslau 1910, S. 126.

[12]) Prot. Bd. 2 S. 84.

[13]) Stammler a. a. O. S. 153.

[14]) Herzog a. a. O. S. 123; vgl. H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit, Gießen 1910, S. 81/82.

in Denken und Empfinden gemeinsam ist und sich so in seinen Entscheidungen desto deutlicher ausspricht, je weniger er dem Volke entfremdet ist. Kohler nennt dies mit dem Volke Mitdenken und Mitfühlen, das der Richter bei der Ausübung seines Berufes beweisen soll, „dem Volksinstinkte den Puls fühlen". Auf diese Weise wird das Emporkommen eines Juristenrechtes verhütet, die in der Gesamtheit der Rechtsgenossen herrschenden Anschauungen gelangen in den richterlichen Entscheidungen zum Ausdruck, aus ihnen erwachsen die guten Sitten, die zu schlechten Sitten werden, sobald sie den Zusammenhang mit ihrem Mutterboden, den Anschauungen der gesamten Gemeinschaft der Rechtsgenossen, verlieren.

Die guten Sitten des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind die jeweiligen aus den Anschauungen des deutschen Volkes in seiner Gesamtheit sich bildenden Sitten. Das Vorhandensein von (nicht schlechten) Standessitten, die also auf einen Kreis der Rechtsgenossen beschränkt sind, trotzdem sie den Anschauungen der Gesamtheit entsprechen, erklärt sich aus besonderen Bedingungen, die für die in Frage stehende Personenklasse aus Gründen geschichtlicher Entwicklung oder lokaler Besonderheiten gegeben sind und so ihre Beobachtung von seiten aller Rechtsgenossen eo ipso nicht zulassen.[15])

Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist also mit einem Verstoß gegen die Sittlichkeit nicht identisch; dieser kann in einem bloßen Gedanken, Plan, Entwurf bestehen, jener bedarf stets eines äußerlich wahrnehmbaren Verhaltens. So kommen wir hier als Antwort auf unsere Frage zu dem Ergebnis, daß mit den guten Sitten des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht die Gebote der Moral gemeint sind, sondern die aus den Volksanschauungen sich bildenden, das äußere Verhalten der Rechtsgenossen untereinander betreffenden Regeln, ungeschriebene Gesetze des guten Miteinanderlebens der Rechtsgenossen zum Heile der Gesamtheit.

In den Kommentaren zu unserem Gesetzbuch und in der Rechtsprechung werden im ganzen übereinstimmende An-

---

[15]) So Herzog a. a. O. S. 49.

weisungen für die Erkenntnis der guten Sitten gegeben. Staudinger[16]) weist darauf hin, daß die guten Sitten kein ein für allemal feststehender Begriff sind, sondern daß ihn der Richter „aus den wechselnden Anschauungen des sozialen Kreises entnehmen muß, in dem die Handlung begangen wird". Das Reichsgericht[17]) vertritt die Anschauung, daß der Richter den Maßstab für den Begriff der guten Sitten „aus dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen habe, aus dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden". In gleichem Sinne ist bei Fischer-Henle[18]) mit den Worten, die das Reichsgericht mehrmals in seinen Entscheidungen gebraucht hat, als maßgebend hingestellt „das Anstandsgefühl des ehrbar, billig und gerecht denkenden Menschen", und in ähnlicher Weise findet sich der in Rede stehende Begriff in der übrigen Literatur definiert.

Wenn wir hier noch einmal zusammenfassend die guten Sitten des Bürgerlichen Gesetzbuchs als die jeweils im deutschen Volke herrschenden guten Sitten bezeichnen, so werden wir dadurch wie zur Bestätigung der Richtigkeit dieses Ergebnisses an die Pandektenstelle erinnert: „adversus bonos mores sic accipiendum non eius, qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis".[19])

Wenn also jemand durch eine Handlungsweise, die dem Anstandsgefühl eines ehrbar, billig und gerecht denkenden Menschen widerstrebt, einem andern vorsätzlich Schaden zufügt, so ist er dem andern gemäß § 826 BGB. zum Schadensersatz verpflichtet.

§ 3.

Der Vorsatz im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Die Schadenszufügung selbst muß vorsätzlich erfolgen, wenn sie gemäß § 826 schadensersatzpflichtig sein soll, d. h. die Her-

---

[16]) Staudinger, Komm. z. BGB. 5./6. Aufl. Bd. 2, 2 S. 1686.

[17]) RG. Bd. 48 S. 114.

[18]) Fischer-Henle, Komm. z. BGB. 8. Aufl. Anm. 1 zu § 138; RG. Bd. 48 S. 125, Bd. 55 S. 373.

[19]) l. 15 § 6 D. 47, 10.

beiführung des schädigenden Erfolges muß der Schädigende in seinen Willen aufgenommen haben. Dies wird schon dann als vorliegend erachtet, wenn die Handlung in dem Bewußtsein begangen wird, daß sie den schädigenden Erfolg nach allgemein menschlicher Erfahrung herbeiführen muß, es genügt also „das Bewußtsein der Kausalität der Handlung", wie es Ebert[1]) nennt, oder wie v. Liszt[2]) sagt, „das Kennen des zu vertretenden Umstandes". In der zivilistischen Praxis ist diese Charakterisierung des Vorsatzes allgemein als maßgebend anerkannt, so betont auch das Reichsgericht,[3]) es genüge, „daß der Handelnde bei Vornahme der Handlung das Bewußtsein des schädlichen Erfolges hat". Hinreichend ist also die Vorstellung des Erfolges, das Wollen des Erfolges wird nicht erfordert. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht damit auf dem Boden der Vorstellungstheorie. Auf die gegen die guten Sitten verstoßende Weise braucht sich der Vorsatz im Falle des § 826 nicht zu beziehen.

§ 4.

Handlung im Sinne des § 826 BGB.

Welcher Art kann nun die Handlung sein, die gemäß § 826 BGB. zum Schadensersatz verpflichtet? Der Beantwortung dieser Frage gilt die Untersuchung, ob außer Handlungen kraft allgemeiner Betätigungsfreiheit auch solche, die in Ausübung eines Rechtes vorgenommen werden, die angedrohte Schadensersatzpflicht nach sich ziehen können. Auch hier begegnet man geteilten Meinungen. Während manche in der Literatur verbreitete Ansichten alle Rechtsausübungshandlungen als nicht unter den Tatbestand des § 826 fallend erklären und nur, wenn auf sie der § 226 BGB. anwendbar sei, also wenn die Rechtsausübung nach der Vorschrift des Schikaneparagraphen „unzulässig" ist, eine Schadensersatzpflicht auch aus § 826 zulassen wollen, so vor allem Planck, Blümner, Cosack und

[1]) Bei Fischer-Henle a. a. O. Anm. 11 zu § 273.
[2]) DelObl. im System des BGB. (1898) S. 54.
[3]) Urteil v. 1. 2. 1904.

H. A. Fischer,[1]) ist mit Oertmann[2]) daran festzuhalten, daß „weder aus der Entstehungsgeschichte noch aus dem Wortlaut, noch aus dem Sinne des § 826“ diese Ansicht zu rechtfertigen sei. Die Entwürfe zum Bürgerlichen Gesetzbuch verneinten eine Haftpflicht dessen, der ein ihm zustehendes Recht ausübt und dabei in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern Schaden zufügt; denn niemand könne ein Unrecht durch Ausübung eines ihm von der Rechtsordnung verliehenen Rechtes begehen. Noch in der Reichstagsvorlage (in § 810) findet sich hinter dem Worte „Handlung“ die Klausel: „. . . die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt“. Diese wurde aber ausdrücklich durch die Reichskommission gestrichen, die der gegenteiligen Meinung zur Geltung verhalf und die Schadensersatzpflicht auch auf alle Handlungen erstreckte, die in Ausübung eines besonderen subjektiven Rechtes vorgenommen werden, aus der Erwägung heraus, daß es nicht gutzuheißen sei, wenn jemand selbst in Ausübung eines formalen Rechtes andere in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise schädige. Es dürfte demnach anzunehmen sein, daß die Ansicht Oertmanns zutrifft und auch Rechtsausübungshandlungen unter den Begriff der „Handlungen“ im Sinne des § 826 BGB. fallen. Dies ist auch die Ansicht des Reichsgerichts, das in der Entscheidung v. 11. 4. 1901 ausgesprochen hat, es sei „selbst die Ausübung eines formalen Rechtes von dem § 826 getroffen, wenn dadurch vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem andern Schaden zugefügt wird“.

§ 5.

Der Begriff der Widerrechtlichkeit.

Es gilt weiterhin, klarzustellen, ob die Schadensersatzpflicht, die durch eine unter § 826 BGB. fallende Handlung begründet

---

[1]) Planck, Das BGB. nebst EG., Berlin 1907, Anm. zu § 226; Blümner, Zur Lehre vom böswilligen Rechtsmißbrauch (1900) S. 200; Cosack, Lehrb. d. deutschen bürgerl. R., Jena 1900, § 163 III, 2 c; H. A. Fischer a. a. O. S. 145.

[2]) Oertmann in DJZ. 1903 S. 325 f.

wird, auf deren widerrechtlichem Charakter beruht, oder ob sie allein auf Grund positiver Gesetzesbestimmung ohne widerrechtlichen Charakter jener Willensbetätigung besteht. Jene erste Meinung wird vertreten vor allem von Planck, Ebert und H. A. Fischer,[1]) der eine Schädigung als verboten, also als rechtswidrig betrachtet, wenn die Schadensersatzpflicht vorsätzliche oder fahrlässige Schadenszufügung voraussetzt, diese zweite aufs nachdrücklichste von Oertmann,[2]) der für seine Ansicht mehrere Gründe ins Feld führt. Er weist darauf hin, „daß, während der 1. Entwurf (§ 705) und die Motive (Bd. 2 S. 726) die gegen die guten Sitten verstoßende Handlung ausdrücklich für widerrechtlich erklärten, diese Bezeichnung in den 2. Entwurf und den Gesetzestext nicht mehr mit aufgenommen wurde, daß ferner aus dem nach § 826 gegebenen Schadensersatzanspruch kein Rückschluß auf die Widerrechtlichkeit einer nach dem genannten Paragraphen zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung zulässig und ebensowenig aus der Stellung des § 826 unter dem Titel „Unerlaubte Handlungen“ eine objektive Widerrechtlichkeit des durch ihn geregelten Tatbestandes gefolgert werden könne, da auch die objektiv widerrechtliches Handeln nicht voraussetzende Haftpflicht des Tierhalters und des Jagdberechtigten unter jenem Titel geregelt ist. Andererseits würde man mit der Annahme, daß die sittenwidrigen Handlungen auch ipso iure rechtswidrig sind, die Moral zum Bestandteil der Rechtsordnung machen. „In den Fällen des § 826 dagegen würde sich das objektive Moment der Rechtswidrigkeit erst aus dem subjektiven des Vorsatzes ergeben. Es wäre bestenfalls eine sozusagen sekundäre Rechtswidrigkeit, die mit der aus der objektiven Beschaffenheit des Tatbestandes sich ergebenden primären nicht identifiziert, kaum verglichen werden kann.“

Mit dieser Ansicht Oertmanns haben wir uns auseinanderzusetzen.

---

[1]) Planck a. a. O. Bd. 2 Anm. 2d zu § 826; Ebert bei Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 826; H. A. Fischer a. a. O. S. 113, vgl. auch S. 140ff.

[2]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1906, Bem. 1 u. 3 zu § 826; DJZ. 1903 S. 325ff.

„Widerrechtlich ist alles, was gegen das Recht verstößt.“ [3]) Die Motive wollen unter Widerrechtlichkeit den objektiven Verstoß gegen das Recht und die Rechte verstanden wissen. Allein aus der Festsetzung einer Schadensersatzpflicht durch das Zivilrecht für dieses oder jenes Verhalten kann noch keine Widerrechtlichkeit gefolgert werden. Selbst H. A. Fischer[4]) sagt, daß mit Sicherheit nur aus der Festsetzung von Strafe auf die Widerrechtlichkeit des mit Strafe bedrohten Handelns geschlossen werden kann, weniger sicher aus der Schadensersatzpflicht. Man wird bei der nach § 826 mit Schadensersatzpflicht belegten Handlung den Charakter der Widerrechtlichkeit nicht leugnen können, wenn man diesen Begriff von dem Gesichtspunkt der Rechtsordnung betrachtet, die mit ihren Normen unmittelbar das friedliche Zusammenleben der Rechtsgenossen bezweckt. „Rechtswidrig“, wider das Recht, ist alles das, was den Bestrebungen, wie sie sich in dem geltenden Rechte aussprechen, zuwider ist, was den Intentionen der Rechtsordnung zuwiderläuft, was das positive Recht mißbilligt, es ist Unrecht.[5]) Wenn § 138 BGB. das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft für nichtig erklärt, so liegt darin der starke Ausdruck jener Mißbilligung des Rechts; das Gesetz versagt nicht nur seine Hilfe der Geltendmachung von Ansprüchen, die aus solchen reprobierten Rechtsgeschäften entstanden sein sollen, es läßt nicht eine obligatio naturalis entstehen, sondern das vorgenommene Rechtsgeschäft wird überhaupt rechtlich als nicht vorhanden betrachtet, das Gesetz spricht ihm jede Existenzberechtigung ab. Das Recht geht angriffsweise dagegen vor: Die Nichtigkeit jenes Rechtsgeschäfts wird von Amts wegen berücksichtigt, sofern nur durch die gerichtliche Verhandlung die die Nichtigkeit begründenden Tatsachen aufgedeckt werden. Es ist nicht in das Parteibelieben gesetzt, den durch den Vertragsschluß begangenen Verstoß wider die guten Sitten geltend zu machen. Das Recht hat das größte Interesse daran, seine Reserven, die guten Sitten,

[3]) Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands, Berlin 1909, S. 434; Mot. Bd. 2 S. 725 ff.

[4]) H. A. Fischer a. a. O. S. 114.

[5]) Kitzinger im GS. Bd. 55 S. 15.

in gut gedeckter Stellung zu halten und jede Gefährdung derselben fernzuhalten. Durch die Nichtigkeitserklärung des contra bonos mores verstoßenden Rechtsgeschäfts ist festgestellt, daß so ein Vertragsschluß vom Rechte gemißbilligt und verworfen wird; er ist den Zwecken des Rechts zuwider. § 817 Satz 1 konstatiert eine Herausgabepflicht des Empfängers, wenn der Zweck der Leistung in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen hat, und § 826 macht denjenigen schadensersatzpflichtig, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zugefügt hat — alles Schutzvorschriften zugunsten der guten Sitten. An sich ist, wie Oertmann richtig betont, der Verstoß gegen diese nicht rechtswidrig, die Handlung wird erst dadurch zur rechtswidrigen, daß sie vom Gesetz mit Schadensersatzpflicht belegt wird, wodurch jeder gehindert werden soll, ein unter § 826 fallendes Vorhaben zu verwirklichen. Wir haben es auch im Rahmen des § 826 mit unerlaubten Handlungen zu tun, mit Rechtswidrigkeiten, denn das, was gegen die Sitte verstößt, wird zur unerlaubten Handlung im Rechtssinne dann, wenn das Recht an die unsittliche Handlung Folgen knüpft.[6]) Das Recht verhält sich zu der gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung, die dem Nächsten Schaden zufügen soll, nicht indifferent, sondern es tritt ihr entschieden entgegen, indem es für das Zivilrecht Schadensersatzpflicht des Handelnden festsetzt und so die unter § 826 fallende Handlungsweise als wider seinen Willen verstoßend kennzeichnet. Indem es den Verstoß gegen die guten Sitten in dieser Weise ahndet, zieht es diese als schutzwürdiges Rechtsgut zum Heile aller Rechtsgenossen im Interesse des Gemeinwesens in den von den Normen des Gesetzes geschützten Kreis der Rechtsordnung ein; nicht die Sittlichkeit wird dadurch zum Bestandteil der Rechtsordnung gemacht, wie Oertmann sagt, sondern der Schatz äußerer Verhaltungsmaßregeln, den das deutsche Volk in den bestehenden guten Sitten hat, wird unter Schirm und Schutz des Rechts gestellt, um so auch alle jene friedengefährdenden Bos-

[6]) Engelmann a. a. O. S. 435.

heiten zu treffen, die sich sonst in den weiteren Maschen des herrschenden Rechts nicht fangen würden.

Wenn man sich des Stammlerschen Ausspruches erinnert, daß das Recht ein Zwangsversuch zum Richtigen ist, so wird man nicht umhin können, alles, was die „rechte Ordnung" zu stören geeignet ist, also auch den Verstoß gegen die guten Sitten zur vorsätzlichen Schädigung anderer, als dem Rechte zuwider zu bezeichnen. Das Recht belegt eine solche Handlung mit dem „Unwerturteil";[7]) denn sie gefährdet seine Zwecke, die rechte Ordnung und damit friedliche Weiterentwicklung zu sichern. Vergegenwärtigen wir uns hier jene Stelle in den Protokollen, wo von dem „noch nicht zum Rechtssatz verdichteten inländischen Rechtsbewußtsein" gesprochen wird, gleichsam als dem Nachwuchs des herrschenden Gesetzesrechts, so wird die Ansicht unabweisbar, daß die guten Sitten des stärksten Rechtsschutzes bedürfen, und daß ein Verstoß gegen sie einen Verstoß gegen die Ziele der Rechtsordnung bedeutet. Deshalb macht das Bürgerliche Gesetzbuch den Verstoß gegen die guten Sitten zur vorsätzlichen Schädigung anderer schadensersatzpflichtig, sucht ihn so zu verhindern und stempelt so die trotzdem begangene Schädigung zu einer widerrechtlichen Handlung. Da das Zivilrecht keine Strafandrohung kennt, so ist eine Betätigung nach ihm als verboten zu betrachten und damit rechtswidrig, wenn sie unter Schadensersatzpflicht gestellt wird; ein besonders geartetes Zivilunrecht ist wegen der Einheitlichkeit der gesamten Rechtsordnung nicht anzuerkennen, „auch Zivilunrecht ist Ungehorsam gegen den staatlichen Willen";[8]) es ist demnach gegenüber der Argumentation Oertmanns daran festzuhalten, daß die gemäß § 826 schadensersatzpflichtige Handlung als dem Willen und den Zielen der Rechtsordnung zuwider, als „widerrechtlich" zu bezeichnen ist. Bei der Gegenüberstellung des § 826 mit dem Schikaneparagraphen werden wir sehen, wie bedeutsam die eben erörterte Frage für die Beurteilung des Verhältnisses jener beiden Gesetzesnormen zueinander ist und wie

---

[7]) Dohna, Rechtswidrigkeit S. 63.
[8]) H. A. Fischer a. a. O. S. 115.

eine endgültige Entscheidung über sie die Stellungnahme in jener andern Frage bedingt.

Wir gewinnen demnach aus dieser Betrachtung über den Verstoß gegen die guten Sitten folgende Sätze:

1. Der Verstoß gegen die guten Sitten ist mit einem Verstoß gegen die Sittlichkeit nicht identisch.
2. Maßgebend für den Begriff der guten Sitten ist „das Anstandsgefühl des ehrbar, billig und gerecht Denkenden".
3. Eine nach § 826 zum Schadensersatz verpflichtende Handlung zeigt den Charakter der Widerrechtlichkeit; sie kann
4. auch in einer Rechtsausübungshandlung bestehen.

Zweiter Teil.

Der Begriff der Schikane.

§ 6.

Allgemeine Vorbemerkung.

Während der § 826 einen auf dem Gebiete der guten Sitten begangenen Verstoß unter Schadensersatzpflicht stellt und damit vom Gesetze der Rechtsschutz ausnahmsweise auf ein Gebiet ausgedehnt wird, das an sich nicht innerhalb der von den Normen des Rechts gedeckten Positionen fällt, stellt der Schikaneparagraph eine im negativen Sinne gehaltene Anweisung für die Ausübung subjektiver Rechte dar. Der ethische Wert dieser Gesetzesvorschrift überwiegt bei weitem den praktischen Nutzen. Der § 226 BGB. stellt einen Kompromiß dar, den der starre Rechtssinn mit den im realen Leben häufig schwer zu verwirklichenden Geboten der christlichen Nächstenliebe schließt. Durch ihn soll dem „summum ius, summa iniuria“ die Spitze abgebrochen werden, auch hier zur Förderung des friedlichen Nebeneinanderwohnens der einzelnen Staatsbürger zum Heil des Gemeinwesens.

Je härter und rauher die Anschauungen eines Volkes sind, desto eher wird es geneigt sein, in der brutalsten Verwirklichung eines Rechts den schönsten Triumph der Gerechtigkeit zu sehen, bis mit dem Erklimmen höherer Kulturstufen und dem Zunehmen milderer Denkungsart der Gedanke zum Siege gelangt, daß nicht immer die schonungslose Durchführung eines Rechtstitels dem Wesen einer vernünftigen Justiz entspricht, und daß der Staat seinen Schutz dem zu versagen hat, der das ihm zustehende Recht nur als Deckmantel für boshafte Quälereien seiner Mitbürger gebraucht.

§ 7.

Die Schikane im römischen Recht.

Der strenge Rechtssinn der Römer erkannte in der älteren Zeit die Notwendigkeit, die rücksichtslose Verwirklichung subjektiver Rechte im Sinne einer dem staatlichen Leben dienlichen Weise einzudämmen, wohl noch nicht an, sagt doch sogar noch Gaius: „nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur“ [1]) und Paulus (l. 151 eod.): „nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere ius non habeat“. Zwar werden dem Celsus [2]) die Worte zugeschrieben: „. . . si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas neque malitiis indulgendum est . . .“, aber dieser Satz ist bis zum Schluß jedenfalls als Interpolation anzusehen, so daß sein Inhalt als der Rechtsanschauung der Justinianischen Zeit entsprechend zu betrachten ist. Hiernach muß sich der Besitzer einer Sache mit dem Wertersatz der Einrichtungen zufrieden geben, mit denen er sie versehen hat, wenn ihm der Eigentümer solchen anbietet, „neque malitiis indulgendum est“: Bosheit soll keine Nachsicht, d. h. schikanöse Ausübung des Wegnahmerechts keinen Rechtsschutz finden.[3]) Diese Ansicht vertreten vor allem Windscheid und Dernburg [4]) und eine große Zahl anderer Schriftsteller; ihnen tritt Blümner entgegen. Nachdem er vorher eine sorgfältige Wiedergabe der einschlägigen Quellenstellen unter kurzer Besprechung gegeben und die in der gemeinrechtlichen Literatur verbreiteten Ansichten in kurzer Zusammenstellung veranschaulicht hat, kommt er zu dem Ergebnis, daß es im römischen Recht ein Schikaneverbot nicht einmal in Einzelentscheidungen gibt; die in Betracht kommenden Quellenstellen bringen nur Fälle, in denen „ein Nichtrecht zu jemandes Schaden geübt, nicht aber ein ausdrückliches, an sich

---

[1]) l. 57 D. 50, 17.

[2]) l. 38 D. 6, 1.

[3]) And. M. Blümner a. a. O. S. 47 ff.

[4]) Kipp-Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts 9. Aufl. Bd. 1 § 121; Dernburg, Pand. 3. Aufl. Bd. 1 §§ 41, 93.

zweifelloses Recht böswillig gemißbraucht wird". Er bringt eine Kompilation der gemeinrechtlichen Literatur über die Schikane im römischen Recht und betont, daß sich die alte Lehre von dem Verbot schikanöser Rechtsausübung auf l. 3 D. 50, 10 stützt, in der das Wort „aemulatio" mit „Schikane" übersetzt worden sei, während es einfach mit Wettbewerb, Konkurrenz wiederzugeben ist. Die Stelle lautet: „Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materiam seditionis praebeat". Seine Behauptung, es sei in jener Quellenstelle durchaus nicht beabsichtigt, öffentlichen Unruhen vorzubeugen, und eine derartige Übersetzung des Wortes aemulatio (mit Schikane) lasse sich von dem folgenden „materiam seditionis praebere" leiten, um dann der aemulatio denselben Sinn unterzuschieben, gründet er auf den Ausspruch, „vel" bezeichne, daß es sich um Verschiedenes handle. Dies ist jedoch unseres Erachtens unzutreffend. Gerade die Partikel „vel" deutet darauf hin, daß begrifflich Gleichartiges oder zum mindesten Ähnliches nebeneinandergesetzt wird, so daß an jener Stelle, sollte die Ansicht Blümners zutreffen, gerade nicht „vel", sondern „aut" stehen müßte. Wenn die Stelle die Partikel „vel" gebraucht, so muß also auch schon in der Erbauung eines öffentlichen Gebäudes durch einen Privatmann als „aemulatio alterius civitatis" etwas liegen, das an und für sich schon „materiam seditionis" bieten könnte. Diese Erwägung schließt indessen auch die Übersetzung von „aemulatio" mit „Konkurrenz", wie Blümner tut, nicht aus; denn die Rivalität zweier Gemeinwesen in einer Richtung, die auf Hebung der Schönheit der Stadt und ihrer Geldkraft geht (in concreto durch Errichtung eines öffentlichen Gebäudes, das den Grund regen Fremdenverkehrs in der betreffenden Stadt bieten kann, nur in Konkurrenz mit einem anderen Gemeinwesen, nicht in schikanöser Absicht!), vermag sehr wohl zwischen beiden Bürgerschaften zu Zwist, Feindschaft und Reibereien zu führen, die sich ja nicht in offenen Kämpfen auszusprechen brauchen, um der Gesamtheit Schaden bringen zu können. Aus diesem Grunde soll ein solches Konkurrenzunternehmen durch Prüfung des Einzelfalles überwacht und von kaiserlicher Ermächtigung ab-

hängig gemacht werden. Für eine Übersetzung des Wortes „aemulatio“ mit Schikane liegt kein Anhaltspunkt vor. Demnach verdient die Ansicht Blümners mit Ausnahme seiner unzutreffenden Auffassung von der Partikel „vel“ den Vorzug; seine Exegesen der für die Beantwortung der Frage nach dem Schikaneverbot im römischen Recht in Betracht kommenden Quellenstellen erscheinen wohl begründet, und es ist wohl nicht unberechtigt, wenn man für das römische Recht ein Verbot schikanösen Rechtsmißbrauchs leugnet.

§ 8.

Im deutschen und im preußischen Recht.

Sicherer scheint man im deutschen Recht auf ein Schikaneverbot schließen zu können; hier findet sich das Bestreben, die nur den Zwecken böswilliger Schädigung anderer dienende Ausübung eines Rechts zu verhindern; es sei an das Verbot des Neidbaus (Münchener Bauordnung von 1489) erinnert, und eine ähnliche Vorschrift findet sich in zahlreichen Stadtrechten, z. B. in dem der „Keyserlichen Freien und der Heiligen Reichsstadt Lübeck“ III, 12, 7, wo jeder Bürger angewiesen wird, „sein Gebäude so anzustellen, daß er seinem Nachbar nicht zu nahe und zu schaden baue“. Das allgem. Landrecht enthielt ein allgemeines Verbot schikanöser Rechtsausübung (I, 6 § 37), wonach jemand schadensersatzpflichtig war,

> „wenn aus den Umständen klar erhellet, daß er unter mehreren möglichen Arten der Ausübung seines Rechts diejenige, die dem andern nachteilig wird, in der Absicht, denselben zu schädigen, gewählt habe“

und I, 8 § 28, wo ein solches Verbot speziell bezüglich der Eigentumsausübung gegeben wird. Hinsichtlich des Bürgerlichen Gesetzbuchs sei von einer Wiederholung der Vorgeschichte des Schikaneparagraphen, wie sie u. a. Blümner gibt, abgesehen und hier nur eine kurze Erinnerung daran gestattet. Die beiden ersten Entwürfe zum Bürgerlichen Gesetzbuch enthielten dergleichen Vorschriften nicht, durch den Bundesrat kam gemäß ALR. I, 8 § 28 ein Verbot schikanöser Ausübung des Eigentums-

rechts hinein;[1]) die Reichstagskommission dehnte dieses Verbot auf jede Rechtsausübung aus, und der „Schikaneparagraph“ in der heutigen Fassung wurde vom Reichstag ohne Diskussion gebilligt:

> „Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen“.

§ 9.

Die Begriffe „Ausübung eines Rechtes“ und „unzulässig“ im Wortlaute des Schikaneparagraphen.

Zunächst einige kurze Worte über die im Gesetzestext vorkommenden Begriffe.

Unter „Ausübung“ eines Rechtes seien alle diejenigen Handlungen verstanden, die unmittelbar auf Verwirklichung des Rechts gerichtet sind, es sind also zu trennen friedliche (außergerichtliche) und gerichtliche Geltendmachung. Wenn man unter jener friedlichen Verwirklichung des dem Rechte entsprechenden Zustands mit der herrschenden Meinung auch den Genuß des Rechtes versteht, so wird man die bestrittene Frage, ob die Ausübung obligatorischer Rechte auch anders möglich ist als durch gerichtliche Geltendmachung, in bejahendem Sinne beantworten; denn es liegt in der Annahme der vertraglich geschuldeten Leistung durch den Gläubiger ein Genuß seines (Gläubiger-) Rechtes, das im Moment der Annahme unmittelbar verwirklicht wird. Die Streitfrage, ob die Entäußerung und Übertragung von Rechten an einer Sache eine Rechtsausübung darstellt, wird man in negativem Sinne entscheiden, wenn man bedenkt, daß die Entäußerung eines Rechtes durch das Rechtssubjekt diesem nicht zu unmittelbarer Verwirklichung seines Rechtes verhilft, sondern es wenigstens für den Veräußerer untergehen läßt. Beim Verkaufe der Sache z. B. übt der Veräußerer nicht sein (besonderes) Eigentumsrecht aus, sondern nur sein (allgemeines) Veräußerungsrecht; solche allgemeinen Betätigungsrechte betrifft jedoch der § 226 nicht.[1])

---

[1]) Entwurf eines BGB. in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage § 887, 2.

[1]) Blümner a. a. O. S. 196.

Wie der Begriff der Rechtsausübung, so gibt auch der vom Gesetze gebrauchte Ausdruck „unzulässig“ zu Zweifeln Anlaß. Im allgemeinen versteht man darunter nichts anderes als „rechtswidrig“. So sagt auch H. A. Fischer „unzulässig“, d. h. „rechtswidrig“ und bezeichnet diese Deutung als der allgemeinen Ansicht entsprechend. Indessen scheint dies zunächst zu weitgehend zu sein, wenn man sich daran erinnert, daß zur Ausübung eines Rechtes auch dessen gerichtliche Geltendmachung gehört. Auf diese Weise wäre, wogegen Blümner polemisiert,[2]) unter Umständen die Erhebung einer Klage „widerrechtlich“. — „Was hätte es für einen Sinn, eine Klage als widerrechtlich zu bezeichnen?“ Nach der Ansicht Blümners könnte man demnach von „widerrechtlicher“ Rechtsausübung nur sprechen, wenn es sich um außergerichtliche schikanöse Verwirklichung des Rechtes handelt, gegen die der Betroffene Notwehr üben kann, während die schikanöse Klageerhebung, der Versuch der Verwirklichung des Rechts, zu der der Staat zunächst seinen Schutz leiht, nicht „widerrechtlich“ wäre, da dem Beklagten nur das Recht zusteht, sich dagegen in gleicher Weise (unter Vermittlung des Staates) zu wehren.

Demgegenüber kann man fragen: „Warum soll eine Klageerhebung unter Umständen nicht widerrechtlich sein?“ Widerrechtlich heißt den Grundsätzen des Rechts zuwider, nicht mit seinen Intentionen in Einklang stehend. Diesen Charakter kann auch eine Klageerhebung tragen. Und auch der Gedanke, daß gegen diesen Akt der Rechtsverwirklichung gegebenenfalls Notwehr als gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff zulässig ist, steht dem nicht entgegen; denn die Notwehr darf nur in derjenigen Art der Verteidigung bestehen, die erforderlich, d. h. gerade hinreichend ist, um jenen Angriff abzuwehren. Erforderlich und innerhalb der in diesem Falle erlaubten Grenzen liegend ist nur die Abwehr des klägerischen Angriffs durch Gegenantrag auf Abweisung der Klage. Es kann also aus dieser Erwägung heraus doch wohl angenommen werden, daß „unzulässig“ und „rechtswidrig“ im Wortlaut des Schikaneparagraphen identisch sind, wie auch die herrschende Meinung annimmt.

---

[2]) Blümner a. a. O. S. 152.

§ 10.

Erfordernis der Exklusivität des Schädigungszweckes im Schikaneparagraphen.

Eine neue Streitfrage tritt uns entgegen, wenn wir die zutreffende Interpretation der im Schikaneparagraphen gebrauchten Wendung suchen: „Rechtsausübung, die nur den Zweck haben kann". Auch hierüber herrscht in der Literatur heftiger Streit, indem die eine Ansicht strikte Auslegung der Gesetzesnorm verlangt und nur bei objektiv vorhandener Unmöglichkeit eines anderen Zwecks als dessen der Schädigung die Anwendung des § 226 will zugelassen wissen, während die Gegenmeinung schon dann den Fall der Schikane als vorliegend erachtet, wenn nur der Hauptzweck des Handelns die Schädigung eines andern durch die in Frage kommende Rechtsausübung ist.

Es handelt sich also darum, wie die Worte des Gesetzes auszulegen sind.

Fischer[1]) interpretiert sie dahin, daß „jeder andere Zweck ausgeschlossen sein muß, daß es infolgedessen nicht einmal genügt, ob der Rechtsausübende die Schadenszufügung beabsichtigt", mit einem Wort, daß der den Schutz des Schikaneparagraphen in Anspruch Nehmende die objektive Unmöglichkeit eines anderen Zweckes zu beweisen hat. Auch Staudinger[2]) verlangt diese Exklusivität des Schädigungszweckes; auf demselben Standpunkt steht Ramdohr[3]): „Die Schädigungsabsicht des Ausübenden genüge unter keinen Umständen, und ein Verstoß gegen § 226 BGB. liegt niemals vor, wenn zwar jener Schädigungszweck offensichtlich vorhanden sei, jedoch aus der Sachlage hervorgehe, daß bei der Rechtsausübung noch irgendwelche anderen (rechtlich erlaubten) Zwecke verfolgt würden". Dies ist auch der Standpunkt, der in der Literatur von der weitaus größten Mehrheit vertreten wird, daß also an dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes, der den Nachdruck auf das Wörtchen „nur" legt, bei

[1]) Fischer bei Fischer-Henle a. a. O. Anm. 4 zu § 226.
[2]) Staudinger a. a. O. Bd. 1 S. 686.
[3]) Ramdohr, Rechtsmißbrauch bei Gruchot Bd. 46 S. 824, 828.

der Anwendung des § 226 festzuhalten sei und objektive Unmöglichkeit jedes andern Zweckes festgestellt sein muß. In gleicher Weise muß die Wendung „haben kann“ betont werden. Das Gesetz spricht im Schikaneparagraphen nicht von einer Rechtsausübung, die nur den Zweck „hat“, einem andern Schaden zuzufügen, sondern es läßt nur diejenige Rechtsausübung unzulässig sein, die „nur den Zweck haben kann“, einen andern zu schädigen. Daraus geht allerdings hervor, daß der Schikaneparagraph nicht anwendbar ist, wenn für die Rechtsausübungshandlung die Erreichung eines andern Zweckes auch nur in der Theorie möglich ist, nur gedacht werden kann, und daß es auf die (subjektive) Absicht des Schädigenden allein nicht ankommt. Aus dieser letzten Tatsache folgt weiter, daß der Beweis der Schikane durch Eideszuschiebung über die (böswillige) Absicht des Rechtsmißbrauchs nicht geführt werden kann, da ja die Absicht der Schikane nicht rechtserheblich ist. In diesem Sinne nimmt auch das Reichsgericht in seiner Rechtsprechung Stellung. Es erachtet den Fall des Schikaneparagraphen erst dann als vorliegend, wenn es feststeht, daß kein andrer Zweck als der der Benachteiligung eines anderen durch die Handlung erreicht werden kann.[4]) „Nur wenn jeder andere Zweck als der einer Benachteiligung des Beklagten ausgeschlossen wäre, könnte die Anwendung des § 226 in Frage kommen.“ Auch in dem Urteil v. 8. 10. 1910[5]) wird die Anwendbarkeit des § 226 (auf die Nichtigkeitsklage gegen ein bestehendes Patent) abgelehnt unter nachdrücklicher Betonung des vom Gesetze gebrauchten Wortlauts, der von einer Rechtsausübung spricht, die „nur den Zweck haben könne“.

Die Gegenmeinung wird vor allem von Hölder[6]) vertreten, der den Schikaneparagraphen angewendet wissen will, wenn der Erfolg der Schädigung durch Rechtsausübung nur deren Hauptzweck bildet. Derselben Ansicht folgt Endemann[7]): Wenn nur der Hauptzweck die Schädigung eines andern ist, so

[4]) JurW. 1905 S. 388.
[5]) RG. Bd. 74 S. 211.
[6]) Hölder, Komm. z. BGB., München 1900, S. 458.
[7]) Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R., Berlin 1909, Bd. 1 S. 422.

kommt § 226 zur Anwendung. Daß durch die Rechtsausübung noch ein anderer Erfolg erstrebt wird, bleibt in diesem Falle außer Betracht, und in gleichem Sinne fordert Bauke,[8]) daß als Schikane auch die Rechtsausübung betrachtet werde, die zwar an sich von erheblichem (!) Nutzen ist, aber aus Schadenfreude an einem bestimmten Ort oder zu einer bestimmten Zeit vorgenommen werde, während sie ebensogut an einem andern Ort oder zu einer anderen Zeit stattfinden konnte.

So sehr diese gegenteilige Ansicht auch den Gesetzen der Moral und Ethik entsprechen und so sehr ihre Verwirklichung in betreff des friedlichen Nebeneinanderwohnens erwünscht sein mag, so wenig entspricht sie dem Sinne des in dem jetzt geltenden Rechte enthaltenen Schikaneverbots, das die Anwendung des § 226 ausschließt, wenn die Rechtsausübung einen andern Zweck als den der Schädigung auch nur „haben kann".

Es ist nicht zu bezweifeln, daß die von Hölder, Endemann, Bauke verfochtene Meinung dem Volksempfinden in weit höherem Grade entspricht als jene andere, die auch das Reichsgericht in seiner Praxis bevorzugt. Stammler[9]) macht dem Bürgerlichen Gesetzbuch den Vorwurf, es gestatte das Betätigen von Ausschließungsrechten in bloß subjektivem Sinne, ohne von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, die Verwirklichung absoluter Rechte zu begrenzen, es erlaube also geradezu ein unrichtiges Betätigen des Rechts. Den Schikaneparagraphen, der diese Härten mildern soll, nennt er ein Hemmnis auf dem Wege zum richtigen Rechte. Er weist darauf hin, daß ein oberster Gerichtshof Schikane für vorliegend erachtet habe, weil der Bau des Beklagten diesem weniger Nutzen als den klagenden Nachbarn Schaden gebracht habe, eine Entscheidung, die nicht undeutlich beweist, wie geringen Wert der Schikaneparagraph in seiner jetzigen Fassung für die Praxis hat.

Indessen kann für die richtige Anwendung der in Frage stehenden Gesetzesnorm nur jene strikte Interpretation in Betracht kommen, und so warm man die Ansicht Hölders de

[8]) Bauke, Rechtswissenschaftl. Untersuchungen, die Bestrafung der Schikane, Berlin 1897, S. 118.

[9]) Stammler a. a. O. S. 326, 479, 588.

lege ferenda befürworten kann, so unumgänglich notwendig erscheint es, bei der Auslegung des Schikaneparagraphen, wie er nun einmal im Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten ist, nichts hinein- oder herauszudeuten, das geeignet ist, den klaren Gesetzestext zu trüben und womöglich unzuträgliche Präzedenzfälle zu schaffen. Das Gesetz braucht nun einmal nur zu deutlich die Worte „haben kann", als daß die Auslegung, es käme nur auf das Vorhandensein des Hauptzwecks der Schikane an, zu Recht bestehen könne. Nach heutigem Recht kann und darf also der § 226 nur bei objektiver Unmöglichkeit jedes andern als des Schädigungszwecks zur Anwendung gelangen, eine andere Auslegung wird bis zur Änderung der in Frage stehenden Gesetzesnorm stets in Widerspruch mit dem klaren Wortlaut des Gesetzestextes erfolgen müssen. Es ist also nach heute geltendem bürgerlichen Recht von Schikane im juristisch-technischen Sinne erst dann die Rede, wenn die Ausübung eines Rechts vorgenommen wird, trotzdem oder gerade weil ein anderer als der Schädigungszweck dabei objektiv unmöglich ist. Erst eine solche Rechtsausübung bezeichnet das Gesetz ausdrücklich als unzulässig, d. h. widerrechtlich, und daher ist auch ihr gegenüber als rechtswidrigem Angriff Notwehr gestattet. Es wird freilich in der Praxis wegen der sehr schwierigen Entscheidung der Frage, ob der Fall der Schikane überhaupt vorliegt, stets vorteilhafter sein, die staatliche Hilfe anzurufen.

Das Ergebnis unserer Untersuchung hinsichtlich des Schikaneparagraphen zeitigt demnach folgende Grundsätze für dessen Auslegung:

1. Es muß sich bei der in Ausübung eines Rechts vorgenommenen Handlung um den Zweck der Schädigung eines andern handeln, neben dem ein anderer Zweck objektiv unmöglich ist.
2. Diese objektive Unmöglichkeit ist von dem Geschädigten zu beweisen, und zwar
3. ist Eideszuschiebung über den Vorsatz der Schädigung an den Rechtsausübenden nicht angängig, da die (subjektive) Schädigungsabsicht nicht rechtserheblich ist.

4. Unter Rechtsausübung ist die gerichtliche und außergerichtliche Geltendmachung zu verstehen.
5. Eine gemäß § 226 unzulässige Rechtsausübung trägt stets den Charakter der Rechtswidrigkeit; „unzulässig“ und „rechtswidrig“ sind dem Sinne nach identisch.
6. Man kann gegen eine solche Rechtsausübung gegebenenfalls Notwehr brauchen.

Dritter Teil.

Beziehung des § 826 zu § 226.

§ 11.

Die hinsichtlich der beiden Gesetzesvorschriften bestehende Streitfrage.

Die vergleichende Darstellung der in Rede stehenden Gesetzesnormen führt uns in den bislang noch unentschiedenen wissenschaftlichen Streit, dessen Zweck es ist, die §§ 826 u. 226 miteinander in Einklang zu bringen. Bevor wir die einander befehdenden Meinungen betrachten, sei unter kurzer Zusammenfassung der oben angestellten Untersuchungen eine Hervorhebung derjenigen Punkte gestattet, die zu Zweifeln und damit zu Kontroversen Anlaß geben.

Nachdem aus dem Wortlaut des heutigen § 826 BGB. durch die Reichstagskommission die dem Worte „Handlung" beigefügte Klausel „... die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts vornimmt" gestrichen ist, ergibt sich, daß Rechtsausübungshandlungen schon dann zum Schadensersatz (aus § 826) verpflichten können, wenn sie nicht (wie § 226 verlangt) „nur den Zweck haben können", einem andern Schaden zuzufügen, sondern schon dann, wenn nur dieser Schaden vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise herbeigeführt wird. Diese Unterstellung von rechtlich reprobierten Rechtsausübungshandlungen unter zwei verschiedene Gesetzesnormen bedeutet einen Gesetzeswiderspruch, der auf zwei Wegen vermieden werden kann. Beide sind in der Literatur klargelegt, und jeder von beiden hat seine Anhänger. Auf der einen Seite stehen diejenigen Schriftsteller, die durch eine restriktive Interpretation des § 826 diesen mit dem Schikaneparagraphen in Einklang zu bringen suchen, während die Verfechter der andern

Ansicht die einschränkende Auslegung des § 826 verwerfen und durch Verneinung des rechtswidrigen Charakters einer unter § 826 fallenden Handlung einen Widerspruch zwischen diesem und dem § 226 vermeiden.

§ 12.

Die Anhänger der restriktiven Interpretation des § 826.

Jene erste Meinung findet ihre Hauptstütze an Planck.[1]) Er scheidet bei den unter § 826 fallenden Handlungen zwischen solchen kraft allgemeiner Betätigungsfreiheit, die schadensersatzpflichtig sind, wenn sie mit Schädigungsvorsatz vorgenommen werden und gegen die guten Sitten verstoßen, und solchen, die in Ausübung eines subjektiven Rechtes bestehen, für welche eine Schadensersatzpflicht nach § 826 nur dann bestehe, wenn sie zugleich die Erfordernisse des Schikaneparagraphen erfülle. Diese Ansicht wird von H. A. Fischer[2]) als „die allein richtige" bezeichnet. Blümner[3]) steht auf demselben Standpunkt. Er weist darauf hin, daß § 823 für die Herleitung eines Schadensersatzanspruches aus schikanöser Rechtsausübung hinreichend sei und daher bei Rechtsausübungshandlungen § 826 besser gar nicht herangezogen werde, der auch nur für Handlungen Geltung haben wolle, die an sich nicht widerrechtlich seien und nur gegen die guten Sitten verstoßen. Weiterhin bekennen sich Cosack,[3a]) Fuld,[4]) Linckelmann[5]) u. a. m. zu dieser Partei. Zu den Argumenten Fulds sei hier kurz Stellung genommen. Nachdem dieser Autor betont hat, daß dem 2. Entwurf Fälle unzulässiger Rechtsausübung fremd waren, und daher dessen § 749 (der heutige § 826 BGB.) solche Handlungen unberücksichtigt lassen konnte, äußert er, daß nach Aufnahme des heutigen § 226 BGB. in den Gesetzestext auch § 826 auf Rechtsausübungshandlungen aus-

[1]) Planck, Das BGB. nebst EG., Berlin 1907, Anm. zu §§ 226 u. 826.

[2]) H. A. Fischer, Rechtswidrigkeit, Gießen 1910, S. 143.

[3]) Blümner, Lehre vom böswilligen Rechtsmißbrauch, Berlin 1900, S. 199.

[3a]) Lehrb. d. deutschen bürgerl. R. 3. Aufl. Bd. 1 § 163 III.

[4]) Bl. f. Rechtsanw. Bd. 63 S. 501.

[5]) Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen (1898) S. 30.

gedehnt werden mußte. Diese Meinung erscheint insofern nicht zutreffend, als es im Gegenteil wohl besser gewesen wäre, wenn von nur einer Gesetzesnorm die Voraussetzungen für die Unzulässigkeit von Rechtsausübungshandlungen festgesetzt wurden. Jene Änderung im Wortlaut des heutigen § 826 BGB. geschah u. E. weniger in Erinnerung an den § 226 als vielmehr in dem sicherlich ganz richtigen Empfinden rechtlichen Feingefühls, nach dem auch Rechtsausübungshandlungen, die „nur" gegen die guten Sitten verstoßen, vom Recht reprobiert werden müssen, wie der Kommissionsbericht (RTK. S. 58) sagt: „Bestimmend war, daß es nicht gebilligt werden kann, wenn jemand selbst in Ausübung eines formalen Rechts einem anderen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt".

§ 13.

Die Vertreter der extensiven Interpretation des § 826.

Denjenigen Schriftstellern, die durch eine einschränkende Auslegung des § 826 den Gesetzeswiderspruch zwischen den §§ 826 u. 226 BGB. zu vermeiden suchen, treten jene anderen entgegen, die unter Ablehnung der restriktiven Interpretation den § 826 extensiv auslegen. Wenn H. A. Fischer[1]) die Behauptung aufstellt, daß es die herrschende Lehre sei, die sich bei der Auslegung der §§ 826 u. 226 eines Widerspruchs schuldig macht, indem sie den § 826 extensiv auslegend Rechtsausübungshandlungen nach § 226 noch zulässig sein läßt, die gemäß § 826 unzulässig sind, so sei darauf hingewiesen, daß eine beträchtliche Anzahl von Schriftstellern, soweit sie nicht der Ansicht Plancks folgen, auf seiten Oertmanns[2]) steht, der, wie wir oben dargelegt haben, den Gesetzeswiderspruch zwischen §§ 826 u. 226 dadurch vermeidet; daß er der nach § 826 zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung den Charakter der Rechtswidrigkeit abspricht. Nach ihm ist die unter § 826 fallende Handlung weder durch die Belegung mit Schadensersatzpflicht noch durch die

[1]) Rechtswidrigkeit, Gießen 1910, S. 143.
[2]) DJZ. 1903 S. 325 ff.

Stellung des § 826 unter den Titel „Unerlaubte Handlungen“ als rechtswidrig anzusprechen, auch habe der § 826 keinen objektiven Tatbestand, der an sich rechtswidrig sei. Damit steht er nun aber keineswegs, wie es H. A. Fischer hinstellt, allein, sondern wir finden seine Ansicht geteilt von Endemann,[3] Neumann,[4] Goldmann-Lilienthal,[5] Crome,[6] Dernburg,[7] Cober[8] u. a. Auch der Kommentar von Staudinger folgt der Oertmannschen Ansicht, eine restriktive Interpretation des § 826 wird abgelehnt, da „weder die Entstehungsgeschichte, noch Wortlaut, noch Sinn und Zweck beider Vorschriften genügende Anhaltspunkte dafür bieten. Ein Gesetzeswiderspruch würde aber durch die Erwägung beseitigt, daß § 826 an gewisse Handlungen zwar die Ersatzpflicht knüpft, sie aber damit noch nicht zu rechtswidrigen mache“.

§ 14.

Kritik der Oertmannschen Ansicht.

Die Auffassung Oertmanns hat den Vorzug, trotz ihrer extensiven Interpretation des § 826 keinen Widerspruch zwischen diesem und dem Schikaneparagraphen aufkommen zu lassen, ist aber insofern bedenklich, als sie ein vorsätzliches Handeln, das das Recht mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern sucht, als nicht dem Rechte entgegen, als nicht rechtswidrig gelten läßt. Wir haben aber bei unserer Untersuchung über den Begriff der Widerrechtlichkeit gesehen, daß alles, was das Recht mißbilligt und zu verhindern bestrebt ist, Unrecht ist und damit auch den Stempel der Rechtswidrigkeit trägt. Wenn eine Dissertation über dasselbe Thema wie das vorliegende [1])

---

[3]) Lehrb. d. bürgerl. R., Berlin 1909, Bd. 1 § 200 Anm. 41.

[4]) Handausgabe des BGB. für das Deutsche Reich 3. Aufl. N. 6 zu § 826.

[5]) System. Darst. des BGB., Berlin 1903, S. 887 Anm. 31, S. 889 Anm. 40.

[6]) System d. deutschen bürgerl. R. Bd. 2, 2 (1902) § 330 N. 11.

[7]) Das bürgerl. R. 3. Aufl. Bd. 2, 2 § 393 II, 2.

[8]) In Bl. f. Rechtsanw. Bd. 64 S. 207 ff.

[1]) E. Heine, Über das Verhältnis der §§ 226 u. 826 BGB. zueinander, Diss. Heidelberg 1906.

den Ausführungen Oertmanns folgt und zur Stützung der von diesem vertretenen Ansicht über den Begriff der Rechtswidrigkeit die Bestimmungen des Notstandsparagraphen (§ 228 BGB.) als „besonders charakteristischen, hierher gehörenden Fall" heranzieht, so sei es erlaubt, auseinanderzusetzen, daß jene Norm nicht minder für die von uns verteidigte Ansicht spricht.

Wenn das Gesetz eine Handlung zuläßt, so steht es ihr indifferent gegenüber; die Belegung einer Handlung mit Schadensersatzpflicht spricht dafür, daß das Gesetz eine solche Willensbetätigung ungern sieht, daß es sie nach Möglichkeit zu verhindern bestrebt ist. Der „Zwangsversuch zum Richtigen" betrachtet alles, was nicht zur Erreichung der von ihm erstrebten Ziele beiträgt, als Äußerungen eines feindlichen Prinzips, die je nach dem Grade ihrer Gefährlichkeit zu bekämpfen sind. Jemand, der den Notstand selbst verschuldet, wird anders behandelt als der, der unverschuldet in jene Lage gerät: Dieser zerstört die fremde Sache, ohne daß das Gesetz im geringsten dagegen zu reagieren für gut hält, jener ist sogleich nach seiner Handlung der Schadensersatzpflicht unterworfen, durch deren Festsetzung das Recht kundgibt, daß eine Willensbetätigung, die schuldhaft eine Notstandslage schafft und so zur Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache führt, von jedem Rechtsgenossen vermieden werden soll, da sie den Zwecken und Zielen der Rechtsordnung zuwiderläuft, daher „unrichtig", widerrechtlich ist und damit auch der aus ihr resultierenden „Notstandshandlung" den Charakter der Rechtmäßigkeit nimmt. Dieser Gedankengang findet seinen Rückhalt an den Ausführungen H. A. Fischers[2]) und v. Liszts,[3]) die im Gegensatz zur herrschenden Lehre die Notstandshandlung nicht für nicht rechtswidrig ansehen, wenn der Täter die Gefahrlage selbst verschuldete.

Die hiermit beendete Abschweifung findet ihre Rechtfertigung in der Wichtigkeit, die der Begriff des Widerrechtlichen für die Streitfrage über das Verhältnis der §§ 826 u. 226 zueinander hat. Der von Oertmann eingeschlagene Weg zur Vermeidung

---

[2]) a. a. O. S. 254.

[3]) Die DelObl. im System des BGB. (1898) S. 94.

des Gesetzeswiderspruchs zwischen jenen beiden Normen geht aus von dem Standpunkte, den der Autor zu der Frage nach dem widerrechtlichen Charakter der unter § 826 fallenden Handlung einnimmt. Nur indem er jenen leugnet, gelingt es ihm, die beiden Gesetzesbestimmungen in Einklang zu bringen.

§ 15.

Selbständige Betrachtung der Streitfrage.

Wer einem Gesetzeswiderspruch aus dem Wege gehen will, braucht nur, je nachdem ihm mehr die Argumente der von Oertmann oder der von Planck vertretenen Ansicht überzeugender zu sein scheinen, sich dieser oder jener Lehrmeinung anzuschließen. Uns erscheint aber weder die eine noch die andere zutreffend, da Planck der Entstehung des § 826 nicht gerecht werdend diesen gegen den Sinn des Rechts im Interesse formaler, äußerer Harmonie der Gesetzesvorschriften ungebührlich einschränkt, während Oertmanns Ansicht, die den widerrechtlichen Charakter der den Tatbestand des § 826 erfüllenden Schädigung eines andern leugnet, gleichfalls nicht gebilligt werden kann.

Vielmehr erscheint eine dritte Ansicht gerechtfertigt, die dahin geht, daß Rechtsausübungshandlungen schon dann unzulässig, d. h. rechtswidrig sein sollen, wenn ihre Vornahme einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 darstellt, d. h. wenn es sich um die Ausübung eines formalen Rechts handelt, durch die der Ausübende in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einen andern vorsätzlich schädigt.

Man wird dies vielleicht ablehnen mit dem Hinweise, daß eine Rechtsordnung nur ausnahmsweise Rechtsausübungshandlungen für unzulässig erklären kann, wenn sie ihre eigene Autorität nicht untergraben will, und daß daher die eben vorgetragene Ansicht, die noch dazu einen Gesetzeswiderspruch zugibt, verworfen werden muß. Aber eine Rechtsausübung, die mit dem Vorsatz vorgenommen wird, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern Schaden zuzufügen, ist nicht wert, den Schutz des Rechtes zu finden, und

daher erscheint schon hier jene ausnahmsweise erfolgende Unzulässigkeitserklärung begründet. Vor allem aber sei darauf hingewiesen, daß ja in dem zum Maßstabe herangezogenen Begriff der guten Sitten eine Gewähr dafür gegeben ist, daß bei gewissenhafter Würdigung des Einzelfalles kein gerechtfertigtes Interesse an der Rechtsausübung unberücksichtigt bleiben und so zugunsten eines allzu empfindlichen Rechtsgenossen, der schnell mit einer Klage aus § 826 bei der Hand ist, verletzt werden kann. Ferner darf man sich nicht verhehlen, daß die Anhänger der Planckschen Ansicht, die nur gegen objektiv schikanöse Rechtsausübung den Schutz des Rechts gewähren, dem, was man im Volke mit „Schikane" bezeichnet, noch einen sehr weiten Spielraum lassen, denn es wird wohl zugegeben werden, daß der Schikaneparagraph, wie er in seiner jetzigen Fassung nun einmal im Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten ist, mit seinem Erfordernis objektiver Unmöglichkeit jedes andern als des Schädigungszwecks im realen Leben kaum verwendbar ist.

In diesem Zusammenhange erinnere man sich an die Worte Stammlers, der den Schikaneparagraphen als ein Hemmnis auf dem Wege zum richtigen Rechte bezeichnet, da er die Verwirklichung absoluter Rechte in nur subjektivem Sinne zum Schaden des Gemeinwesens zulasse und so ein geradezu unrichtiges Betätigen des Rechtes erlaube.

Wenn man sich das Ziel jeder Rechtsordnung ständig gegenwärtig hält, die das Gute schützen und das Böse niederhalten will, um so den Frieden des von ihr beherrschten Gemeinwesens für erfolgreiche Fortentwicklung zu sichern, so wird man der von uns entwickelten Ansicht zustimmen und so für die vorliegende Frage zu der Entscheidung kommen, daß diejenige Rechtsausübung vom Rechte reprobiert werden muß, durch die vorsätzlich einem Rechtsgenossen Schaden zugefügt werden soll, und die wegen des offenbar allzu geringen Nutzens für den Ausübenden oder aus einem ähnlichen Grunde sich als Verstoß gegen die guten Sitten darstellt. Wenn die Reichstagskommission im heutigen § 826 hinter dem Worte Handlung die Klausel: „die er nicht in Ausübung eines Rechtes vornimmt" strich, so

handelte sie — will man ihr aus dem dadurch neu entstandenen Widerspruch mit dem Schikaneparagraphen den Vorwurf der Unüberlegtheit machen — zum mindesten in dem sichern Instinkte feinen Rechtsgefühls, das die Verwirklichung subjektiver Rechte begrenzt wissen will durch die Zweckbestimmung, zu der diese von der Rechtsordnung verliehen werden, und die sicher nicht die Schädigung des Nächsten im Auge hat, und durch die vernünftigen Interessen des Berechtigten, zu Nutz und Frommen der Rechtsgenossen und damit der Gesamtheit.

Wir müssen zugeben, daß auf diese Weise der Schikaneparagraph seiner praktischen Bedeutung zum größten Teile entkleidet wird, indessen spricht sich darin nur die Tatsache aus, daß diese Gesetzesnorm den Anforderungen des realen Lebens nicht genügt und deswegen, will man ihn so anwenden, wie er seiner Fassung nach angewendet werden muß, mit seinem Erfordernis objektiver Unmöglichkeit nahezu unbrauchbar ist. Andererseits darf nicht vergessen werden, wie die Genesis des § 826 zum Beweis dafür dienen kann, daß schon in dieser Gesetzesbestimmung Schutz gegen diejenigen Rechtsausübungshandlungen enthalten sein soll, die vor dem Richterstuhl der guten Sitten nicht mehr bestehen hönnen, weil sie das Ansehen des Rechts dadurch mißbrauchen, daß sie auf formale Berechtigung pochend Rechtsgenossen ungestraft schädigen wollen und so der Idee des Rechts Gewalt antuend das Rechte durch das Recht verderben.

§ 16.

Erläuterung durch zwei Beispiele.

Zur Begründung der hier entwickelten Ansicht sei es erlaubt, zwei Beispiele anzuführen, die den Schikaneparagraphen und den § 826 in praktischer Anwendung zeigen.

Wenn das Reichsgericht in seinem Urteil v. 3. 12. 1909 [1]) Schikane in einem Falle für vorliegend erachtet, wo der Vater als Eigentümer des Gutes dem Sohne, der das auf dem Gutsgebiete befindliche Grab seiner Mutter besuchen will, verbietet,

[1]) RG. Bd. 72 S. 251 ff.

das Gut zu betreten, so ist dies nicht als zutreffende Entscheidung anzusehen. Denn die Ausübung des Eigentumsrechts von seiten des Beklagten kann sehr wohl einen andern Zweck haben als den der Schädigung des Sohnes, da das gegen diesen vom Vater ergangene Verbot, das Gut zu betreten, für den Gutsherrn den Zweck hat (und erst recht „haben kann“!), ihm, der noch obendrein schwer herzleidend ist, Ruhe zu gewähren vor dem ihn aufregenden Gedanken, daß jemand, mit dem er verfeindet ist, sein Eigentum betritt. Wegen dieses Fehlens der Exklusivität des Schädigungszwecks kann der Schikaneparagraph nicht angewendet werden, und so wird es sich auch in den weitaus meisten Fällen verhalten. Dagegen wird § 826 sich auch für diejenigen Rechtsausübungen, die keinesfalls von § 226 getroffen werden und doch bei gerechter Beurteilung den Schutz des Rechtes nicht verdienen, als wirksames everriculum omnium malitiarum erweisen. Man denke an den Fall, daß der Rechtsausübende es selbst ausdrücklich als Nebenzweck, den er ebensogut auch auf andere ganz harmlose Weise erreichen könne, bezeichnet, wenn er seine Feldmark durch ständiges Lärmen vor dem Wilde des Nachbargebietes freihalten will, und daß er es im Hauptzweck auf den Schaden des nun jedesmal vergeblich auf den Anstand gehenden Nachbarn abgesehen hat, dem durch jenen Lärm alles Wild verscheucht, die Jagdfreude empfindlich gestört und großer pekuniärer Verlust zugefügt wird. Niemand wird eine derartige Rechtsausübung ohne Empörung betrachten, aber niemand wird auch gegen dieses ganz offenbar dem Sinne jeder Rechtsordnung Hohn sprechende Verhalten mit dem Schikaneparagraphen etwas ausrichten können. Und solcher Fälle gibt es im realen Leben nur allzuviele, wo Haß und Niedertracht vom Rechte Wehr und Waffen leihen, um dann dieses selbst auf das unerträglichste zu verletzen. In allen diesen Fällen gibt § 826 wirksamen Schutz. Vielleicht wäre es nicht unangebracht, Rechtsausübungshandlungen, je nachdem sie nach § 226 oder nach § 826 sich als verwerflich darstellen, als Fälle von „echter“ und „unechter“ Schikane zu bezeichnen, um dadurch anzudeuten, daß auch die als Verstoß gegen die guten Sitten sich charakterisierenden Rechtsausübungshandlungen dem Wesen

nach schikanös sind und nur die Terminologie ihnen die Bezeichnung „Schikane“ für das heute geltende Recht nicht zuerkennen kann.

Wir gewinnen als Ergebnis dieser Erwägung, daß zwischen den §§ 226 u. 826, strafrechtlich ausgedrückt, eine Gesetzeskonkurrenz besteht, indem § 826 als der weitergehende den Tatbestand des § 226 mitumfaßt und so alle diejenigen mißbräuchlichen Rechtsausübungshandlungen aufzuhalten geeignet ist, die den allzu weiten Maschen des Schikaneparagraphen entgehen konnten.

§ 17.

Kurzer Überblick über die Unterlassungsklage aus unerlaubter Handlung.

Sowohl § 226 wie § 826 gewähren dem Geschädigten neben der Schadensersatzklage auch eine Klage auf Unterlassung, über deren rechtliche Konstruktion aber in der Wissenschaft Streit herrscht, auf den hiermit noch kurz eingegangen sei.

Die Anhänger der einen Ansicht, darunter vor allem Mannhardt und Planck,[1]) treten dafür ein, daß der Anspruch auf Unterlassung nicht nur bei Eingriffen in absolute Rechte, sondern auch bei der Verletzung aller Rechtsgüter zu geben, und zwar lediglich von der Voraussetzung abhängig zu machen sei, daß eine objektive Verletzung bereits stattgefunden habe und die Besorgnis weiterer Störungshandlungen begründet, nicht auch daß Verschulden erforderlich sei. Fuld[2]) stimmt mit Planck darin überein, daß „die Unterlassungsklage“ aus unerlaubter Handlung nur einen Zustand objektiver Rechtswidrigkeit voraussetze bezw. die gerechtfertigte Besorgnis der Fortsetzung der Rechtswidrigkeit und des Eingriffs in das geschützte Recht. Das Reichsgericht[3]) tritt in seinen Entscheidungen der Ansicht bei, daß eine Unterlassungsklage in analoger Anwendung der §§ 12, 862, 1004, 1027, 1029, 1053, 1065, 1134,

[1]) Mannhardt in DJZ. 1903 S. 416f.; Planck Bem. IV, 2 zu § 823.
[2]) Fuld bei Gruchot Bd. 47 S. 375.
[3]) RG. Bd. 48 S. 114f.

1227 BGB. auf andere als die im Gesetz genannten ausschließlichen Rechte zum mindesten da zu geben sei, wo ein unerlaubtes Verhalten schon stattgefunden hat und noch fernere Eingriffe zu erwarten sind, denen durch die Unterlassungsklage vorgebeugt werden soll. In dem am 5. 1. 1905 gefällten Urteil[4]) huldigt es sogar der Ansicht, daß bei auch nur objektiv widerrechtlichen Eingriffen eine analoge Anwendung der §§ 12, 862 usw. nicht nur auf absolute Rechte, sondern auf jedes geschützte Rechtsgut und Interesse, wie Erwerb, Kredit, Fortkommen, geboten und eine Unterlassungsklage als actio quasi negatoria zu gewähren sei, wenn noch fernerhin Störungen zu befürchten sind. In dem gleichen Sinne sind zahlreiche Urteile von Oberlandesgerichten ergangen.[5])

Dieser Ausdehnung des Unterlassungsklagerechts tritt neben Lau vor allem Oertmann entgegen. Während Lau[6]) dartut, daß „der Unterlassungsanspruch, so wie er vom Reichsgericht begründet ist, aus dem Gesetze nicht zu rechtfertigen sei und in Widerspruch mit dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers stehe, weist Oertmann[7]) darauf hin, daß die Verfechter des Unterlassungsanspruches in zwei Parteien zerfallen, von denen die eine „den Unterlassungsanspruch begründet auf einem Verstoß gegen das objektive Recht, die andere auf einer Verletzung konkreter subjektiver Rechte". Er vertritt die Ansicht, daß zu beachten sei, ob die unerlaubte Handlung bereits beendet, oder erst für die Zukunft zu besorgen ist, oder in der Gegenwart betätigt wird. Das letztere trifft zu bei Handlungen, die einen längere Zeit andauernden Zustand bewirken (als Beispiel dient Freiheitsberaubung und Störung der Nachbarn durch Bordellbetrieb), ferner bei einer Reihe von Handlungen, die, aus einem einheitlichen Vorsatz heraus begangen, „durch einheitlichen Plan und Zweck zusammengehalten, den Tatbestand eines einzigen Delikts bilden". Hier sei der Unterlassungsanspruch zu gewähren, aber nicht als solcher, sondern als bestes Surrogat des

[4]) RG. Bd. 60 S. 7.
[5]) vgl. Staudinger a. a. O. Bd. 2, 2 Anm. VII, 4 zu § 823.
[6]) Lau bei Gruchot Bd. 47 S. 497 ff.
[7]) Oertmann in DJZ. 1904 S. 616 ff.

Schadensersatzanspruchs (§ 249 BGB.) zur Beseitigung der erfolgten Schädigung, zur Wiederherstellung des früheren ungestörten Zustandes. In diesem Sinne sagt auch Lehmann,[8]) der Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung sei „als Erscheinungsform des deliktischen Schadensersatzanspruches" zu betrachten. Er weist darauf hin, daß das Reichsgericht, wenn es die Unterlassungsklage in allzu weiten Grenzen zulasse, dies aus der falschen Erwägung heraus tue, daß der Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung gemäß den §§ 12, 862 usw. durch den Ersatzanspruch des § 823 nur erweitert werde, während dieser ein selbständiger Anspruch aus eigenem Tatbestand und neben jenen zu stellen sei. Während also das Reichsgericht eine analoge Anwendung der §§ 12, 862, 1004 usw., und zwar nicht nur auf andere absolute Rechte, sondern auch auf jedes rechtlich geschützte Interesse und bei nur objektiv widerrechtlichen Ereignissen als berechtigt annimmt, wird dies auf der andern Seite als zu weitgehend verworfen, jene analoge Ausdehnung der Unterlassungsklage aus §§ 12, 862 usw. auf andere absolute Rechte zwar als berechtigt anerkannt, im übrigen aber ein Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung nur unter den nach dem Wortlaut des Gesetzes für den Schadensersatzanspruch verlangten Voraussetzungen „als Erscheinungsform des deliktischen Schadensersatzanspruches" gewährt.

Wir sehen, daß die einander widerstreitenden Ansichten vor allem in der theoretischen Konstruktion des Unterlassungsanspruches aus unerlaubter Handlung voneinander abweichen. Hierin ist die Oertmanns zu bevorzugen, der die einzelnen Gruppen der für die Unterlassungsklage aus unerlaubter Handlung in Betracht kommenden Fälle genauer differenziert. Im praktischen Erfolge unterscheiden sich die beiden Richtungen darin, daß die vom Reichsgericht vertretene eine Unterlassungsklage für jedes geschützte Interesse, wie Erwerb, Kredit, Fortkommen, in analoger Anwendung der §§ 12, 862 usw. gewährt, während die Oertmannsche diese analoge Anwendung der vom Gesetz

---

[8]) Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerl. R., München 1906, S. 228.

für absolute Rechte verliehenen Unterlassungsklage nur auf andere absolute Rechte zulassen will und daneben nur da, wo nach dem Gesetz eine Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlung besteht als „bestes Surrogat des Schadensersatzanspruches".

§ 18.

Schlußwort.

Aus der Gegenüberstellnng der §§ 226 u. 826 BGB. gelangen wir zu dem Endergebnis, daß zwischen beiden ein Gesetzeswiderspruch besteht, den zwei Ansichten, die eine von Planck, die andere von Oertmann verfochten, zu vermeiden suchen. Wir schließen uns weder dieser noch jener an, sondern treten der Meinung bei, daß schon die als Verstoß gegen die guten Sitten sich darstellende Rechtsausübung des staatlichen Schutzes nicht würdig und schon deshalb als nicht dem Sinne der Rechtsordnung entsprechend, als rechtswidrig anzusehen ist. Indem wir so auf einen Widerspruch zweier Normen unseres bürgerlichen Rechts hinweisend eine Anregung de lege ferenda zu geben versuchen, tragen wir auch für unser Recht dem Grundgedanken jeder Rechtsordnung Rechnung, der stets darauf gerichtet ist, in genauer Abwägung die Interessen des Individuums mit denen der Gesamtheit in Einklang zu bringen und vor allem dem vorzubeugen, daß durch arglistige Ausnutzung formalen Rechts Recht in Unrecht verkehrt wird und so silbenstecherische Schlauheit triumphieren kann über die von dem Buchstaben des Gesetzes nicht hinreichend geschützte Rechtsidee.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 14. Juli 1889 wurde ich, Friedrich Otto Johannes Neumann, in Müncheberg (Mark) als Sohn des Oberpostassistenten Otto Neumann und seiner Ehefrau Auguste geb. Lutzmann geboren. Oktober 1898 trat ich in das Kgl. Friedrichs-Gymnasium zu Frankfurt a. O. ein, das ich Ostern 1908 mit dem Zeugnis der Reife verließ. In Breslau studierte ich 6 Semester Rechts- und Staatswissenschaft und bestand am 24. November 1911 das Referendarexamen und am 15. Dezember 1911 die mündliche Doktorprüfung. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.